

CONSTITUCIONALISMO*

CONSTITUTIONALISM

GUSTAVO ZAGREBELSKY
Università degli Studi di Torino

Fecha de recepción: 15-5-12

Fecha de aceptación: 30-7-12

Resumen: *El constitucionalismo, como proceso histórico, ha sufrido diversas transformaciones, que permiten comprender su significado actual. Así, hay que hacer referencia a la cuestión social y la expansión espacial. El futuro del constitucionalismo va a depender de cómo desarrolle instituciones capaces de trascender el presente, instituciones a largo plazo. Así, podrán asegurarse los derechos de las generaciones futuras, a través de un discurso en el que se reconozca la importancia, junto a los derechos, de los deberes.*

Abstract: *Constitutionalism as a historical process, has undergone several transformations, which allow to understand its current meaning. So, we must refer to the social question and geographical expansion. The future of constitutionalism will depend on the development of institutions capable of transcending the present, long-term institutions. So, we will be able to ensure the rights of future generations, through a discourse that recognizes the importance, together with rights, of duties.*

Palabras clave: constitucionalismo, generaciones futuras, deberes

Keywords: constitutionalism, future generations, duties

1. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

El constitucionalismo contiene un ideal político atemporal. Pero es también, en su núcleo originario, una experiencia circunscrita a una fase precisa

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui (Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid).

y superada de nuestra historia política. Como historia, el constitucionalismo ha muerto; como idea, por el contrario, está vivo. Más bien, “constitucionalismo” es quizás la palabra que sintetiza de manera más comprensiva, aunque como orientación general, muchos o quizás todos los ideales político-constitucionales del presente y del futuro, en una dimensión espacial y temporal cada vez más amplia.

En el título del argumento que me dispongo a tratar aparece la expresión “constitucionalismo moderno”, una expresión que, no sé si intencionadamente, recuerda la contraposición entre el *constitucionalismo de los antiguos y el de los modernos*, de la que trata el célebre escrito de Charles H. McIlwain de 1940, al que se refiere el clásico trabajo de Nicola Matteucci de 1976, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*. La expresión, a su vez, reenvía no sólo por asonancia sino por parentesco conceptual, al celeberrimo *Discours de la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* de Benjamin Constant. El constitucionalismo como doctrina ciertamente no ha nacido de repente, como si fuera un relámpago, sino que hunde sus raíces en la historia de la constitución inglesa, idealizada en Francia en el Setecientos, por ejemplo por Montesquieu y De Lolme. No obstante, hay un general consenso al respecto, es precisamente Constant el noble padre de la que consideramos la versión moderna de aquella doctrina, distinta no sólo de la antigua, sino también de la contemporánea y de la futura, si bien se aún usará este término en relación a cualquier cosa que justifique su empleo. Nosotros venimos de allí, pero ciertamente no por una simple reiteración de los orígenes. Nuestro constitucionalismo ya no es más el de entonces¹.

Para expresar la distancia que nos separa de Constant, basta esta observación. El constitucionalismo de la Restauración fue y ha sido teorizado como la reacción al '94 en nombre de los principios del '89, sintetizados por el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*: sin garantía de derechos y sin separación de poderes, no hay constitución. De manera resumida: el gobierno moderado contra el arbitrio jacobino o, si se quiere, la constitución inglesa contra la Revolución francesa, Montesquieu contra Rousseau, por utilizar aquella que, para la filología del pensamiento, ciertamente es una simplificación y que, sin embargo, indica una contraposición que ha tenido un largo recorrido en la clasificación y en la orientación de los ideales políticos de fondo de la primera mitad del Ochocientos. Los

¹ Vid. A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo del XXI secolo* (2003) en Id., *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 1 y ss.

principios de constitucionalismo de aquella época son los de la constitución liberal: gobierno de la razón o de los “principios” contra la dictadura de las pasiones; representación política mediante la separación de poderes; legalidad y garantía de las libertades, tribunales independientes, libertad de prensa y de la opinión pública, *habeas corpus*; cosas todas ellas que representan elementos consolidados del constitucionalismo de nuestro tiempo. Pero la Revolución en Francia, que en un primer momento se había dirigido contra los privilegios del Antiguo Régimen –esta es la interpretación de Constant y de los “doctrinarios” de su época– había superado el límite, de donde debía derivarse necesariamente –como de hecho se derivó– una reacción terrible, no pudiendo no operar también en aquel caso la universal ley histórica del péndulo, una ley que ya encontramos descrita en Platón –“Todo exceso suele comportar una gran transformación en sentido opuesto: tanto en las estaciones, como en las plantas y en los cuerpos y también en grado sumo, en las constituciones”²– y que Constant había investigado, ya en 1797, en la época del Directorio, en el escrito sobre *Des réactions politiques*.

¿En qué, para Constant y, en general, para el constitucionalismo de su tiempo, el límite había sido superado por la Revolución? En el asalto a la propiedad. Este es el núcleo político-social del constitucionalismo de los primeros tiempos: una forma de gobierno en la que los derechos de propiedad fueran asegurados, como núcleo indiscutible de la vida común, organizada políticamente de manera tal para impedir toda concentración de poder –monárquico o popular, no importa– que pudiera atentar contra tales derechos. En la fórmula política del constitucionalismo de entonces –la monarquía representativo-censitaria– consistía el *juste milieu* fijado en las Cartas constitucionales de entonces. “Todo lo que está en la Carta, nada más que lo que está en la Carta” era la fórmula del equilibrio no sólo entre principio monárquico y principio representativo, sino también y sobre todo entre propietarios y trabajadores; una fórmula que habría querido cristalizar la historia y que, como todas las cristalizaciones, habría sido desbordada por los acontecimientos revolucionarios, como ocurrió en Francia, o disuelta en una visión abierta a nuevos equilibrios, como sucedió en el Piamonte estatutario y liberal y luego en el Reino de Italia de los primeros decenios, según una evolución moderada pero dinámica (es decir incluida en las posibilidades de la “monarquía dualista”, como fue señalado y auspiciado, desde el principio, en el célebre artículo de Cavour del 10 de marzo de 1848 en *Il Risorgimento*, titulado “Critiche allo Statuto”).

² PLATÓN, *República*, 563e, 564a.

El punto central, al que todo está conectado y respecto al cual se pueden medir las transformaciones del constitucionalismo, desde el de entonces hasta el de hoy, es la concepción de la sociedad; entonces, una concepción en términos duales, de una parte los propietarios y de la otra los no-propietarios, los proletarios en la terminología marxista, pero que para Constant y para sus contemporáneos, eran simplemente los trabajadores. Kant³ había precisado la división: son propietarios también aquellos que venden un *opus* propio –los *artífices*, los artistas y los artesanos–; no lo son los *operarii*, que trabajan poniéndose al servicio de un patrón, aun admitiendo que “es difícil determinar los requisitos para pretender la condición de hombre dueño de sí mismo (*sui iuris*)”.

De todos modos, la dificultad práctica no elimina la esencial diferencia entre quien vive de sus propiedades y quien vive vendiéndose a sí mismo en cuanto trabajador, los primeros en condiciones de libertad, los segundos en condición servil: ésta era la visión de fondo, considerada natural, incluso “de derecho natural”, una visión que hunde sus raíces en la noche de los tiempos. Para que se pueda tener libertad respecto a algunos, se debe ser el siervo de otros. Sin lo segundo no puede existir la primera. El trabajo era por tanto concebido como alternativo a la propiedad: alternativo en el sentido de que el reconocimiento de los derechos políticos a los trabajadores habría constituido la gran amenaza al derecho de propiedad, por tanto a la libertad, allí donde, solamente, ella podía residir. De aquí, el sufragio restringido, y por tanto el rechazo de la idea de ciudadanía general. Y no por razones contingentes, es decir, por la momentánea y remediable condición de ignorancia y de indigencia de las clases trabajadoras, sino por razones estructurales, de supervivencia de la libertad. El constitucionalismo, como doctrina política, nace por tanto con esta marca clasista que lo opone a la democracia radical, à la Rousseau, que sueña la libertad de todos en una especie de estado de naturaleza que se re-instaura con el contrato social, cuyo fin es una forma política que restituya a cada uno la libertad originaria que ha cedido a todos los otros (“obedecer al poder de todos, permaneciendo libre: la cuadratura del círculo de la utopía roussoniana; más bien [*Du contrat social*, libro III, cap. IV] son las necesidades prácticas de “la administración ordinaria” del gobierno las que hacen necesario que el poder se concentre en el “menor número” de los

³ I. KANT, *Sopra il detto comune: “Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”* (1793), in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino, 1956, p. 260.

que componen “las magistraturas”); y lo opone, por otro lado, a la sociología marxista que asume la sociedad dividida entre propietarios y trabajadores pero, al contrario del constitucionalismo originario, no por razones naturales, sino como resultado de relaciones de producción históricamente determinadas, que la historia y las fuerzas que operan en ella como “parteras” pronto condenarían.

2. EL PROCESO DE GENERALIZACIÓN

El constitucionalismo de los orígenes ha completado un largo camino que llega hasta nosotros. Si no lo hubiera hecho, lo consideraríamos solamente una antigualla, y no por el contrario una fuerza ideal que aún alimenta las aspiraciones políticas de los pueblos. Para comprender cuán largo ha sido el camino ideal que se ha transitado hasta ahora, basta abrir, sólo como ejemplo, nuestra Constitución en su primer artículo: “Italia es una república democrática *basada en el trabajo*”. Aquél que, al comienzo de la historia, era criterio de exclusión de los derechos políticos –ser trabajador y no propietario– se convierte hoy en el título de inclusión. Un vuelco completo; la sanción formal del desenlace de un largo proceso histórico de emancipación política que debe ser interpretado no en sentido clasista, invertido respecto al sentido del constitucionalismo originario, sino en el sentido de una consecución de un proceso histórico. La condición de “trabajador”, entendida no en sentido clasista (sobre esto los *Trabajos preparatorios* son clarísimos), sino en el sentido del art. 4 de la Constitución, como “actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad”, es aquella que incluye de la forma más comprensiva a todos aquellos que conviven en sociedad, a condición de que no sean parásitos o especuladores sobre el trabajo de los otros; aquellos que, en otros términos, forman sociedad y no, simplemente, se aprovechan de la sociedad.

¿Qué ha ocurrido entre aquel lejano inicio del consitucionalismo y este punto de llegada? Se ha producido el ascenso de las masas populares, es decir del mundo del trabajo, a la vida política y a sus instituciones. Ha tenido lugar, en una palabra, la difusión de la democracia y por tanto la “generalización” de los derechos políticos como condición formal del vivir “constitucionalmente”. Nunca subrayaremos suficientemente la importancia de este movimiento histórico y el carácter verdaderamente epocal de su logro final: la democracia como administración de todos, por parte de todos. Desde la

antigüedad –al contrario del sentir común hoy imperante– la democracia, que sus artífices consideran el “régimen de todos”, ha debido enfrentarse a la acusación de ser el régimen del *demos*, es decir de la parte de la sociedad compuesta por aquellos que viven de su propio trabajo, podríamos decir el régimen de los no propietarios, identificados así: “agricultores, artesanos, marineros, trabajadores, comerciantes”⁴, parte de la sociedad contrapuesta a la de los nobles, esto es de los ricos, que no necesitan trabajar para vivir. También Pericles, en el discurso sobre la constitución ateniense que incluye el epitafio por los primeros muertos de la Guerra del Peloponeso, habla de democracia como del gobierno que “se califica no respecto a los pocos, sino a la mayoría”, es decir no respecto a todos. El orgullo de Atenas –por el que él podía decir que “nosotros no copiamos a nadie; más bien somos nosotros los que constituimos un modelo para los otros”– no era tanto la democracia, como la *isonomia*, es decir la igualdad en el acceso a los cargos públicos, “en virtud del mérito”; radicaba por tanto en el carácter aristocrático del gobierno, es decir un gobierno abierto a todos los que tenían méritos⁵. Aristóteles, que despreciaba la democracia y apreciaba la *politeia*, coherentemente llegaba a afirmar que sería democracia también el régimen del menor número en el caso de que, bien improbablemente, los pobres fueran menos numerosos que los ricos: “Pero la razón nos dice sobradamente que la dominación de la minoría y de la mayoría son cosas completamente accidentales, ésta en las oligarquías, aquélla en las democracias; porque los ricos constituyen en todas partes la minoría, como los pobres constituyen dondequiera la mayoría (...). Lo que distingue esencialmente la democracia de la oligarquía es la pobreza y la riqueza; y dondequiera que el poder está en manos de los ricos, sean mayoría o minoría, es una oligarquía; y dondequiera que esté en las de los pobres, es una demagogia. Pero no es menos cierto, repito, que generalmente los ricos están en minoría y los pobres en mayoría”⁶. Es comprensible, entonces, el juicio negativo, incluso la condena, que por siglos ha pesado sobre la democracia, en cuanto régimen violento, donde habría reinado la ley de la envidia y del engaño de los muchos pobres frente a los pocos electos.

Hablando de democracia, que hoy finalmente definimos como el régimen de todos, no se debería olvidar que, históricamente, ha sido el santo y seña de los excluidos que implicaba la pretensión de acceder a la vida políti-

⁴ ARISTÓTELES, *Política* 1291b

⁵ TUCÍDIDES, *La guerra del Peloponeso*, II, 37.

⁶ ARISTÓTELES, *Política*, 1279b.

ca, no como fin en sí misma sino para el propio ascenso social, es decir para participar en el ámbito de los derechos “de todos”. No lo deberían olvidar sobre todo las víctimas de los modernos procesos de exclusión social, cuando se abandonan a la indiferencia frente a la democracia e incluso creen que les conviene confiar su propia suerte en manos de cualquier oligarca, convirtiéndose en una masa a la que se puede utilizar y secundando así las siempre amenazantes tendencias demagógicas del poder.

La generalización de la democracia no ha sido un fin en sí: la universalización del sufragio, que es el fenómeno más claro del progreso de la democracia, tampoco. El fin de la participación política ha resultado ser, y es, la apertura del Estado y su transformación de autoridad garante del orden social basado en la estructural “gran división” que venía del Ochocientos, a instrumento de contestación de dicha estructuración. En síntesis, podríamos decir que entre el punto de partida de entonces y el de llegada de hoy, se ha producido la progresiva incorporación de la “cuestión social” en las estructuras del Estado, sobre todo en las estructuras políticas, incorporación que naturalmente repercutió en las estructuras administrativas, cargadas de competencias, cada vez mayores, de naturaleza no sólo autoritativa sino, como se dice, “prestacional”, a la vista de la mejora de las condiciones materiales y espirituales de la parte de la población que está en la base de la estructura social. Que la vía de la superación de la gran división esté jalada por dramáticos conflictos políticos y sociales, y que se hayan causado y soportado grandes sufrimientos, es algo que no necesita ser recordado. Pero el movimiento no se habría podido detener con la pura y simple restauración del pasado. Así, hasta los regímenes totalitarios del Novecientos, que pretendían invertir el camino de la democracia, han asumido a su manera, como elemento de la propia ideología y de la propia acción, el rescate social de las masas de desheredados, si bien en visiones organicistas, donde no había sitio para derechos y libertades, sino sólo para deberes y funciones.

El constitucionalismo ha registrado este camino y ha incorporado las conquistas, de acuerdo con su tradición, como derechos y no simplemente como simples cesiones de hecho o como concesiones a la presión social siempre revocables, una vez transformadas las relaciones de fuerza. En cuanto derechos de la persona humana, producto de su dignidad (una palabra y un concepto que ocupa el centro del constitucionalismo actual sólo tras la tragedia del fascismo y del nazismo), el constitucionalismo ha protegido a las aspiraciones de liberación social del chantaje político frente al que habían

debido ceder en la época de los totalitarismos. En esta sede, es incluso superfluo hacer un elenco de los derechos que son hijos de la generalización. En breve: los derechos del trabajo frente a los titulares del derecho de empresa, del derecho de huelga al de contratación colectiva; en general, los denominados derechos sociales, conectados a la sanidad, a la enseñanza y a la previsión social en todas sus formas. Un capítulo aparte merecerían luego los derechos necesarios para promover la efectiva paridad entre los seres humanos cuando una parte de ellos sufren atávicas discriminaciones, como ocurre con el componente femenino de la sociedad, respecto al masculino, mientras otras discriminaciones sociales han sido afrontadas, en el camino del mismo proceso de generalización. Si se quisiera tener una idea más completa de la dimensión de este proceso, bastaría con consultar las declaraciones que forman parte de todas las constituciones tras la Segunda Guerra Mundial, con fórmulas que ciertamente se prestan a aplicaciones no coincidentes en las diferentes condiciones históricas y culturales, pero que por otra parte ciertamente expresan una orientación general.

Para concluir este punto, se puede decir que el segundo constitucionalismo ha comportado grandes innovaciones, en relación con el número y la calidad de los derechos, con sus titulares, con su función promocional de la igualdad entre los seres humanos, y con el Estado y sus competencias. Grandes cambios que, no obstante, no contradicen, sino que profundizan y extienden el originario y esencial significado del constitucionalismo, el ser un conjunto de técnicas para tutelar contra los arbitrios e injusticias, demostrando así su carácter de ideología, o ideal, capaz de resumir en sí el desarrollo histórico de la libertad y de la justicia en las relaciones sociales.

3. EL PROCESO DE EXPANSIÓN EN EL ESPACIO

Caídos los regímenes totalitarios del último siglo, la ardiente memoria de aquellas nefastas experiencias, que habían surgido dentro de los Estados nacionales, pero habían difundido su violencia por el mundo entero, ha promovido una transformación en la concepción de los derechos humanos, un cambio cuya importancia no puede ser exagerada. Leamos, como signo de la transformación, la primera proposición de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: "Considerado que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus

derechos, iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo...". "Dignidad", "miembros de la familia humana", "derechos, iguales e inalienables", "libertad, justicia, paz en el mundo": los derechos humanos superan los confines de los Estados nacionales. Por primera vez en la historia, escapan de la mano dispensadora de las soberanías estatales. Este paso crucial en la historia de la civilización encontraba ciertamente sus bases filosóficas en el universalismo cristiano y en el cosmopolitismo de las Luces. Pero nadie había dudado que, cualquiera que fuera su fundamento –político, natural o racional–, el "gobierno de los derechos", por así decirlo, permaneciera en la esfera de los diversos ordenamientos jurídicos estatales. Fundamentación universalista y estatalidad particularista convivían.

Desde entonces ya no es así y, si ha hecho falta tiempo y aún se necesitará más para sacar las consecuencias prácticas de este giro, desde entonces era claro que un Derecho constitucional de la humanidad comenzaba a dar sus primeros pasos. Para los constitucionalistas, se ha tratado de un cambio de paradigma en sus estudios. El Derecho público –principalmente el Derecho constitucional– originariamente ha sido el más estatista de los Derechos surgiendo en el núcleo interno y celosamente custodiado por la soberanía. Ahora, el Derecho constitucional es quizás, entre todos los "Derechos internos", el más abierto a la supranacionalidad, al menos en lo que respecta al capítulo de los derechos. Las constituciones nacionales constituyen piezas de un mosaico que forma un cuadro de carácter universalista, que lo nutren y del que se alimentan. Un constitucionalismo nacional, limitado por los confines de las soberanías de los Estados soberanos, ya no tendría sentido de manera que los estudios se orientan cada vez más en sentido supranacional. Las razones del –por así decirlo– "Estado constitucional cerrado", ya se han superado. Ciertamente, algo similar, aunque no idéntico, ya ocurría desde el inicio. El constitucionalismo, ya desde los orígenes, ha sido un movimiento principalmente no político sino ideal que proclamaba ideales universales, que iban realizándose en las políticas nacionales. Quien eche un vistazo, aun rápido, por ejemplo a la monumental *Storia del Parlamento subalpino, iniziatore dell'Unità d'Italia, dettata da Angelo Brofferio per mandato di Sua Maestà il Re d'Italia*⁷, se encontrará citas cotidianas, en los trabajos del Parlamento Subalpino, de los *exempla* ofrecidos por los regímenes constitucionales contemporáneos (Francia, Bélgica y sobre todo Inglaterra). Pero esto lo conside-

⁷ Eugenio Belzini ed., Milano, 1865 y ss.

raremos “*comparatismo*”. Hoy, es otra cosa, lo podemos definir como universalismo constitucional, que implica conciencia del valor también universal de nuestras particulares experiencias nacionales y, en sentido inverso, conciencia del valor también particular de las experiencias universales. La vida y la seguridad, la dignidad de los seres humanos, la igualdad y la no discriminación, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, la protección de las minorías, los derechos de libertad clásicos, los derechos civiles sociales, políticos y culturales, la protección de la vida privada individual y familiar, la participación de todo individuo en el gobierno de su país: éstos son, más o menos, los contenidos del actual universalismo constitucional, a los que –deseablemente– se añadirá pronto la prohibición de la pena de muerte. Estos contenidos y las definiciones relativas están por su naturaleza orientados a la validez general, independientemente de los límites de las realidades estatales. De hecho, toda violación de estos derechos, en cualquier parte del mundo, es capaz de tener resonancias en cualquier otra parte.

A esta dilatación en el espacio de los principios del constitucionalismo actual, ha contribuido de manera especial el Derecho internacional, a través de declaraciones, tratados globales y regionales y jurisprudencias de Tribunales supranacionales e internacionales, que concurren a la realización de lo que se ha denominado, desde el punto de vista del Derecho interno, “supra-constitucionalidad”, y desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico global, “Derecho constitucional internacional”, algo que, en perspectiva, por largo que pueda ser el camino, debería extenderse a los pueblos de toda la tierra por su misma lógica interna.

Lo que aquí debería subrayarse de manera particular, es que esta espectacular expansión del constitucionalismo de nuestro tiempo no hubiera sido posible si no se sostuviera a partir de las realidades constitucionales nacionales: cartas, jurisprudencias y doctrinas constitucionales. Sin este *humus* común de ilustración y de culturas, que, aún en la diferencia de las tradiciones, ha aproximado las concepciones constitucionales de la vida política y social, ni la supra-constitucionalidad ni el “Derecho constitucional internacional” serían posibles. Leamos el primer punto del *Preámbulo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional* de 17 de julio de 1998, un documento altamente representativo de la evolución actual del constitucionalismo que afecta a una de las referencias de la soberanía estatal: el monopolio de la jurisdicción penal. Nos encontramos con la conciencia expresa de “que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio

común y observando con preocupación que este *delicado mosaico* puede romperse en cualquier momento”. ¿No es éste un explícito reconocimiento –en relación a las más graves violaciones de derechos humanos: los crímenes de genocidio, contra la humanidad, de guerra y de agresión– de la existencia de una general interdependencia de las partes concretas y de la exigencia que en todas las piezas del mosaico, para utilizar la expresión del *Preámbulo*, el mismo *standard* de respeto de los derechos humanos sea garantizado, como mínimo común denominador de civilización jurídica? No todos los Estados aceptan esta jurisdicción, en particular los Estados más potentes, los potenciales vencedores en caso de conflicto y de comisión de delitos en los que el Tribunal es competente. Al constitucionalismo de nuestro tiempo le afecta esta ausencia de unanimidad, y sobre la justicia penal internacional continúa pesando la acusación de ser “justicia de vencedores”. El camino, en algunos aspectos, apenas se ha iniciado, pero el hecho mismo de que exista esta acusación significa que la aspiración es la remoción de las causas que la justifican.

4. EL NEO-CONSTITUCIONALISMO

La universalización de los principios del constitucionalismo no ha dejado de influir, en un lento aumento de la conciencia de sus implicaciones, en la noción misma de constitucionalismo. Se habla hoy de “neoconstitucionalismo”, un movimiento de ideas aún en un estado fluido, que no ha producido una doctrina consolidada y reconocida, pero que posee ciertamente algunos rasgos distintivos bien reconocibles. El neoconstitucionalismo aspira a presentarse como una visión del constitucionalismo adecuada a los caracteres del “Estado constitucional” moderno.

Ante todo, constata la naturaleza particular de las constituciones de nuestro tiempo, por las que campean principios de carácter universal, enunciados necesariamente con fórmulas no sólo de contenido genérico, sino también abiertas a la acción de “relleno” que corresponde a los intérpretes. Pensemos en las cláusulas que se refieren a la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la justicia. Estos *conceptos* no son definidos, ni podrían serlo, en abstracto. Reenvían a historias y tradiciones jurídicas, como el *habeas corpus*; o a corrientes filosóficas y religiosas, como la dignidad humana; o bien a visiones del mundo, como la libertad, la igualdad y la justicia. Así, los *conceptos* consitucionales acaban remitiéndonos a *concepciones* de conceptos que el

Derecho constitucional positivo no proporciona, ni puede proporcionar. En el Derecho constitucional del Estado constitucional moderno domina también el super-principio de razonabilidad del Derecho, presente, bajo diversas denominaciones, en todas las jurisprudencias constitucionales estatales e internacionales. Nada está menos pre-determinado que este principio; nada es más dependiente de presupuestos conceptuales anteriores al Derecho positivo.

A través del reenvío a concepciones indeterminadas *a priori* de los conceptos constitucionales que, a su vez, dependen de visiones del *bonum et aequum*, o también sólo de lo razonable, la jurisprudencia “se moraliza”, de acuerdo con la expresión de Jürgen Habermas. El positivismo jurídico, aplicado a la Constitución –esto es, la idea de que todo el Derecho está en la Constitución y que todo lo que no está, no existe– se encuentra con dificultades para comprender esta evidente novedad. Y a menudo prefiere cerrar los ojos para no tener que admitir lo que no cabe en sus expectativas. Sobre todo, se escandaliza, no sólo porque observa riesgos para la certeza del Derecho, sino también porque la moralización del Derecho abriría la puerta a la entrada en la jurisprudencia de un renovado iusnaturalismo, bestia negra de cualquier positivista que se precie. Los neo-constitucionalistas, sin embargo, pueden replicar que no se trata de Derecho natural, cualquiera que sea la concepción de éste. Se trata, por el contrario, de “Derecho constitucional cultural”, una noción distinta, fruto de diferentes aportaciones entre las que pueden tener cabida, en tanto que tolerantes respecto a otras posiciones, visiones inspiradas también, aunque no sólo, en el Derecho natural. La cultura constitucional es el *humus* fecundo del constitucionalismo de nuestro tiempo: universalista la una, universalista el otro.

El neo-constitucionalismo es consciente, también, de la circunstancia de que los principios constitucionales como los señalados carecen de supuesto de hecho. Sólo pueden ser precisados en relación con los casos concretos. En abstracto, sólo son posibles paráfrasis, por otra parte genéricas, de las fórmulas constitucionales. Sólo en concreto y bajo la fuerza de lo concreto, los principios asumen un aspecto práctico. Las jurisprudencias constitucionales resultan así caracterizadas en un sentido casuístico. Ello, ciertamente, las relativiza pero, por otra parte, les permite una articulada y fecunda relación con otras jurisprudencias que afrontan casos análogos, contribuyendo a la formación de aquel contexto cultural del que se ha hablado. Intercambios, estudios, inspiraciones y referencias entrecruzadas circulan naturalmente,

sin que sean previstas por ningún texto vinculante, venciendo progresivamente las resistencias que aún permanecen, aunque en retroceso, en ciertas jurisprudencias “chovinistas” de países que se consideran portadores de identidades constitucionales nacionales fuertes.

5. LA ISLA DE PASCUA

El constitucionalismo se encuentra hoy frente al desafío, que es una necesidad vital, de atender a otra dimensión, hasta ahora ignorada: el tiempo. Para introducir este argumento con una digresión, tomo prestada del libro del arqueólogo-antropólogo Jared Diamond, de título *Collapse. How Societies Choose to Fail or Succeed* (2004)⁸, la historia de Pascua, la isla polinesia situada a 3.700 kilómetros al este de las costas de Chile, descubierta por los europeos en 1722, famosa por los 397 megalitos, uno de los cuales alcanza un peso de 270 toneladas, que representan gigantescos y enigmáticos troncos humanos, coronados por cilindros de piedra de color rojo. Pascua, cuando los seres humanos pusieron el pie a finales del primer milenio, era una tierra fértil, cubierta de bosques, rica en productos de la tierra, del mar y del aire, que llegó a albergar a miles de personas, divididas en doce clanes que convivían pacíficamente. Cuando llegaron los primeros navegantes europeos, encontraron una tierra desolada, como aún hoy se presenta: completamente desforestada, con un terreno ruinoso e infecundo, donde sobrevivían pocos centenares de personas. En 1864, cuando los comerciantes europeos desembarcaron allí, el número se había reducido a 111 individuos, desnutridos, genéticamente degradados. ¿Qué había pasado y cómo había podido ocurrir? ¿Hay relación entre las grandes e inquietantes cabezas de piedra y la extrema desolación que las rodea? El enigma de Pascua, tal y como ha sido resuelto por los estudiosos, es una grandiosa y amenazadora apología sobre cómo las sociedades pueden destruir por sí mismas su propio futuro a causa del gigantismo y la improvisación. La primera causa del colapso habría sido la deforestación, por tanto la desaparición de los principales recursos naturales en los que se basaba la vida en la isla. El bosque hospedaba pájaros permanentes y atraía aves de paso; suministraba la madera para las canoas empleadas para la pesca en aguas profundas; defendía la integridad del territorio cultivado frente a las devastaciones de las tempestades tropicales. Poco a poco, los alimentos

⁸ Hay traducción castellana: *Colapso. Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, trad. de R. García Pérez, Debate, 2005.

comenzaron a escasear y la dieta se redujo, primero, a pollos y pequeños moluscos y, después, a ratas y a hierbas. La falta de los recursos vitales básicos, como ocurre siempre, alimentó las rivalidades y la guerra entre los clanes. En la general carencia de alimentos, se llegó al último estadio, la antropofagia. ¿Y las cabezas de piedra? Pareciera que hubieran tenido algo de importancia. Con el paso del tiempo y en concurrencia con las guerras entre los clanes, de ser pequeñas al principio, se volvieron cada vez más imponentes. La más alta, seis veces un hombre normal (Paro, la que vemos en las fotografías), es también la construida en último lugar, cuando la catástrofe amenazaba. *Motus in fine velocior*. Eran un símbolo de potencia tecnológica –la tecnología de entonces–, que podía concurrir a menudo en la lucha por la supremacía política. Pero para extraerlas de la cantera, transportarlas y levantarlas –un trabajo, para aquella sociedad en aquel lugar y en aquel tiempo, monstruoso– eran necesarios troncos de árboles altos y fibras leñosas para fabricar sogas. Al final, la isla se desertificó y, paralelamente, se levantaron estatuas cada vez más altas; luego, en la guerra general de todos contra todos, fueron derribadas y hechas pedazos en su mayor parte. Cuando todo terminó, los supervivientes pensaron en una forma de escapar de aquel infierno que ellos mismos habían creado con sus manos. Pero la madera para construir sus barcas –su salvación– ya había sido utilizada para las cabezas de piedra.

Pascua es una admonición. No habla sólo de polinesios de hace un milenio. Habla de nosotros: de explotación despreocupada de los recursos, con efectos funestos sobre las generaciones futuras por venir. “El aislamiento de los isleños de Pascua –escribe Diamond– seguramente explica también por qué me ha parecido que su derrumbamiento, más que el de cualquier otra sociedad preindustrial, obsesiona a mis lectores y alumnos. Los paralelismos entre la isla de Pascua y el mundo moderno en su conjunto son escalofriantemente obvios. Gracias a la globalización, al comercio internacional, a los vuelos en avión y a Internet, hoy día todos los países de la Tierra comparten recursos y se afectan mutuamente, exactamente igual que lo hicieron la docena de clanes de Pascua. La isla polinesia de Pascua estaba tan aislada en el océano Pacífico como la Tierra lo está hoy día en el espacio. Cuando los habitantes de la isla de Pascua se vieron en dificultades no había ningún lugar al que pudieran huir ni al que pudieran recurrir en busca de ayuda; tampoco nosotros, los modernos terrícolas, podemos recurrir a ningún otro lugar si se agudizan nuestros problemas. Ésas son las razones por las que la gente ve en el derrumbamiento de la sociedad de

la isla de Pascua una metáfora, el peor escenario posible, de lo que puede estar deparándonos el futuro”⁹.

6. LA ÚLTIMA BATALLA DEL CONSTITUCIONALISMO

Por tanto, ¿qué ocurrió en la Isla de Pascua? ¿Cómo podemos condensar en una sola frase su parábola? Para satisfacer apetitos de hoy, no se tienen en cuentas las necesidades de mañana. Cada generación se ha comportado como si fuese la última, tratando los recursos de los que disponía como sus propiedades exclusivas, utilizándolos y abusando de ellos. El lema de aquella gente habría podido ser el de Thomas Jefferson: “*The earth belongs always to the living generation*” pero entendido en un sentido opuesto al originario. Jefferson quería liberar a los posteriores (es decir a su misma generación) de cualquier deuda respecto a los predecesores para fundar la república; los habitantes de Pascua querían actuar libres de toda deuda frente a sus sucesores, para devorar la *res publicae*.

¿El constitucionalismo puede ignorar cuestiones de este tipo? Si su mínimo núcleo esencial y su razón de ser son –según la síntesis de John Rawls– la protección del derecho de todos al igual respeto, la respuesta, claramente, es no, no puede ignorarlas. Hasta nuestra época no había razón para afrontarlas. Cada generación comparecía en la escena de la historia en un ambiente natural y humano que, si bien no había sido mejorado por los padres, tampoco había sido empeorado. El constitucionalismo no ha tenido hasta ahora razones para ocuparse de las prevaricaciones intergeneracionales. Pero hoy tiene muchas razones, y dramáticas. ¿Por qué razón el círculo de los “todos” que tienen el derecho al igual respeto debería limitarse a los vivos y no comprender también a los *nasciturus*? Basta plantear la pregunta para responder que no hay razón alguna: los hombres de hoy y de mañana tienen el mismo derecho al igual respeto, porque igual es su dignidad. El lema de Thomas Jefferson debería, en las condiciones de vida de hoy, sonar así: “La tierra pertenece a los hoy vivos, tanto cuanto pertenece a los aún no vivos”. Así, el vínculo entre generaciones y los deberes respectivos cambian de dirección: durante siglos, los hijos se han considerado deudores frente a los padres; hoy, los padres deben sentirse deudores frente a los hijos y a los hijos de los hijos.

⁹ J. DIAMOND, *Colapso. Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, cit. p. 101.

Pascua era un microcosmos. Su desastre puede ser visto casi como una experiencia “in vitro”, referida a una sustracción, un hurto, incluso una extorsión de los bienes ambientales. Pero no sólo de éstos. Los hurtos se pueden referir a todo tipo de recursos vitales. Ciertamente, de manera principal, los recursos naturales, las materias primas y las fuentes energéticas de la Tierra, nunca como hoy empobrecida hasta la explotación intensiva al servicio de la producción en gran número de productos destinados al consumo inmediato. Pero también los recursos financieros, cuando tienen una anticipada y ficticia existencia debido a políticas de endeudamiento a largo plazo, cuyo peso cae sobre la riqueza y el bienestar de quien, viniendo luego, no ha podido disfrutar de aquellos recursos, ni podrá disfrutar puesto que ya han sido consumidos. En fin, los recursos de la materia viva, sometidos a manipulaciones del más diverso género, que reducen la biodiversidad, exponen a riesgo de extinción especies vegetales y animales y llegan a afectar a la existencia del ser humano, prometiéndole el más monstruoso de todos los dones, la inmortalidad.

Lo que aún a todas estas operaciones es la separación en el tiempo de los beneficios –anticipados– respecto a los costes –postergados–: la felicidad, el bienestar, el poder de las generaciones actuales al precio de la infelicidad, el malestar, la impotencia, hasta la extinción o la imposibilidad de venir al mundo, de las futuras.

La ruptura de la contextualidad temporal constituye un desafío que no puede dejar indiferentes ni a la moral, ni al Derecho. Éstos ya no valen solamente en un “presente común”¹⁰. El “prójimo” del que aquellas normas, hasta ahora, se han ocupado siempre (“ama al prójimo como a ti mismo”; “no hagas a los otros lo que no quieras que te hagan a ti”, “no matar”, “no robar”, etc.) se ha convertido en un sujeto abstracto que, cuando sea concreto, no habrá podido levantar su voz en el momento en que tengan lugar acciones dañosas para él. Esta ruptura de la contemporaneidad es hoy uno de los problemas, o quizás el problema, del que depende el futuro de la humanidad.

En términos jurídicos, la cuestión que se le plantea al constitucionalismo es la siguiente: desde el comienzo (recordemos el art. 16 de la *Déclaration*), su noción clave ha sido el derecho subjetivo, que se contrapone de diferentes maneras al poder arbitrario. Pero el derecho subjetivo presupone un titular presente. “Derechos de las generaciones futuras” es una de aquellas expresiones impropias que empleamos para esconder la verdad: las generaciones

¹⁰ H. JONAS, *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 131.

futuras, precisamente porque futuras, no tienen ningún derecho de reclamar frente a las generaciones anteriores. Todo el mal que les puede ser hecho, hasta la privación de las mínimas condiciones vitales, en realidad no es una violación de algún “derecho” suyo en sentido jurídico. Cuando comiencen a existir, sus predecesoras, a su vez, habrán desaparecido de la faz de la tierra, y no podrán ser llevadas a juicio. Los sucesores podrán intentar el reconocimiento o resentimiento, pero en todo caso tendrán que compadecerse o lamentarse de meros e irreparables “hechos consumados”.

Es necesario ser consciente de que la categoría del derecho subjetivo, en todas sus variantes de significado (derechos de, frente a, negativos, positivos, de prestación, etc.), es inutilizable en todas aquellas ocasiones en las que se ha roto la unidad de tiempo. Es por el contrario la categoría del deber la que nos puede ayudar. Las generaciones futuras no tienen derechos de reclamación frente a las precedentes, pero éstas tienen deberes frente a ellas; exactamente la condición de la madre, respecto al niño cuando aún lo lleva en su vientre. El constitucionalismo de los derechos, sin renunciar a su aspiración central de estar al servicio de la resistencia frente al arbitrio, debe descubrir los deberes, no simplemente en cuanto reflejos, es decir en cuanto contraparte de los derechos, sino como posiciones jurídicas autónomas que tienen vida propia, sin presuponer la existencia (actual) de las correspondientes situaciones de ventaja y de los relativos titulares. En definitiva, allí donde se ha roto la unidad de tiempo, los deberes “*priment*” sobre los derechos, de acuerdo con el célebre *incipit* de la última, anticipadora y sobre todo visionaria reflexión de Simone Weil: «*La notion d'obligation prime celle de droit, qui lui est subordonnée et relative. Un droit n'est pas efficace par lui-même, mais seulement par l'obligation à laquelle il correspond. [...] L'objet de l'obligation, dans le domaine des choses humaines, est toujours l'être humain comme tel. Il y a obligation envers tout être humain, du seul fait qu'il est un être humain*». El texto citado se encuentra en *L'enracinement*, un texto de 1943¹¹ que tiene como subtítulo *Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*.

Existe, en efecto, un movimiento pro-deberes, que nace ya al tiempo de los acontecimientos de la Revolución en Francia, como contrapartida de la *Déclaration des droits* (proyecto de una *Déclaration des devoirs de l'homme et du citoyen* del 23 Germinal del Año III; *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen* del 5 Fructidor del Año III). En aquel momento se trataba de definir el perfil moral del «*bon citoyen*» y del «*homme de bien*», respecto

¹¹ Gallimard, Paris, 1949, pp. 6-7

a la sociedad del momento. La atención al tiempo futuro de la humanidad vendrá después, de diversos ambientes, masones o católicos reaccionarios, en ocasiones movidos por ambiguos propósitos. Pero no necesariamente: el Interaction Council, por iniciativa de Hans Küng y Helmuth Schmidt, en 1977, promovió una iniciativa en favor de una *Declaración universal de las responsabilidades del hombre*, de inspiración gandhiana, dirigida al Secretario General de Naciones Unidas y a los gobiernos de todo el mundo, en la que la atención a los problemas intergeneracionales está en el centro del documento. Y no puedo dejar de recordar que, en los últimos años de su vida, Norberto Bobbio solía interrumpir con cierta rudeza a quien le hablara de su célebre *L'età dei diritti* (1990): «Sería necesario escribir *L'età dei doveri*”.

7. INSTITUCIONES A LARGO PLAZO

Tenemos que reconocer que este cambio de paradigma ve el constitucionalismo completamente inadecuado, incluso hostil. En nombre de los derechos, no de los deberes, lleva luchando desde hace dos siglos. Los deberes han sido y son aún hoy lema de los regímenes autoritarios y de los totalitarios. Esto debemos recordarlo como admonición, si bien sí hay una diferencia, y es evidente, entre los deberes de obediencia a la autoridad y al Estado y los deberes de responsabilidad frente a los seres humanos, presentes y futuros. Sin embargo, la cuestión es compleja y las soluciones son resbaladizas. Se trata de construir una mentalidad, una cultura, y de ella extraer referencias para comportamientos adecuados, incluso aunque no haya que atender a proclamaciones jurídicas formales.

Ante todo, las normas que reconocen derechos y facultades deberían ser interpretadas, en todas las ocasiones en que se prevean consecuencias potencialmente perjudiciales para la condición de aquellos que están por venir, en una perspectiva objetiva, en base a la máxima: la tierra pertenece tanto a los vivos como a los no vivos aún; los derechos de los primeros están condicionados al mismo valor también para los segundos. Lo que –no se puede dejar de reconocer– comporta posibles restricciones a los derechos en sentido subjetivo. Los derechos, en los casos referidos antes, deben ser entendidos como bienes o instituciones a largo plazo. Para extenderlos al futuro, puede ser necesario reducir su relevancia en el presente. Ya conocemos situaciones de este tipo, en las que entra en juego el considerado “principio de precaución”, vigente, en base a normas de Derecho nacional, europeo e internacional,

por ejemplo en materia ambiental, energética y sanitaria. Aquí, hablando de constitucionalismo, se dice que aquel principio debería ser asumido como elemento conformador de todo el modo de concebir el Derecho constitucional. El Derecho constitucional de hoy debe ser un “derecho pronóstico”, que mira hacia delante, hasta donde, en cada momento, las previsiones científicas permiten dirigir la mirada.

Así entendido, el principio de precaución deviene el criterio, adecuado a los tiempos tecnológicos que vivimos, para entender dos de los tres venerados principios de justicia, *neminem laedere* e *suum cuique tribuere*: el “ninguno” y el “cada uno” debe abarcar ya a los seres humanos de hoy y de mañana. Y así también para el tercero, *honeste vivere*: la vida de los vivos hoy no es honesta (en el sentido de *onera*) si descuida la vida de los vivos mañana. ¿Qué fin tendrán, entonces, los derechos de los vivos? Deben alinearse, relativizarse, y a veces subordinarse a los derechos de los aún no vivos. Ya en este punto dudamos, cuando menos un poco perplejos, frente a estas perspectivas. Sabemos qué ideología antiliberal y qué tentación de poder pueden alimentarse de esta inversión, cuando se pide sacrificar el concreto bien presente al hipotético bien futuro.

Pero hay más. El juicio pronóstico no es un juicio político; es un juicio técnico-científico. Ahora, además de la dificultad quizás insuperable –dada la ubicuidad social de la ciencia y de la técnica, unidas por la economía, que se impulsan recíprocamente– de identificar científicos y técnicos realmente independientes de los intereses inmediatos a someter a verificación (es un aspecto del considerado “conflicto de intereses”, que es en realidad una conmixtión impropia de intereses), la perspectiva que aparece es la tutela tecnocrática de la política. Es una perspectiva realista, no sólo en los casos excepcionales en los que tiene lugar una catástrofe ecológica, económica y financiera o biológica y la política se autosuspende y, para superar las dificultades, se confía, si no a la República de los filósofos, al menos a la República de los sabios. Pero la cuestión no se refiere sólo y principalmente a los momentos excepcionales, porque es precisamente en la normalidad donde deberían valer las condiciones que puedan prevenir el surgimiento de situaciones excepcionales. Pues bien, la política, tanto en su versión democrática como en sus degeneraciones populistas y demagógicas, se encarna en instituciones a (y no para) corto plazo. Las decisiones deben estar en sintonía con el interés prevalente que la sociedad, tal y como más o menos autónoma y verídicamente lo representa por sí misma, y es poco probable que, en la consideración de tal interés, irrumpen con el peso que

merecerían anhelos y preocupaciones por la fortuna de sociedades diferentes, hipotéticas, lejanas en el tiempo. La política debe rendir cuentas frente a este interés momentáneo. Los momentos electorales son aquellos de rendición de cuentas con vencimiento a corto plazo. Las revelaciones demoscópicas, a su vez, reducen los tiempos, anulándolos. La miopía de la democracia, que coincide con su tendencia a ser cigarra es un grave problema, cuando sería necesaria la virtud de la presbicia.

Nos detenemos aquí. Estamos en el reino de las contradicciones. El constitucionalismo, en el cuadro de antaño, era el mundo de los derechos, pero ahora el mundo necesita los deberes. El constitucionalismo ha producido democracia, pero hoy la democracia muestra poder ser un régimen de saqueo de los recursos, para los vivos y para los que han de venir. Por esto, se recurre a momentos y elementos de naturaleza científico-tecnocrática, pero la razón del saqueo está precisamente en el desarrollo de la técnica sin otro fin que ella misma. Entonces, la técnica, para ser benéfica, debería poder ser a su vez controlada. Pero, ¿por quién? ¿Por la democracia, que es precisamente la que lo necesita?

Deberes y tecnocracia dan miedo, está claro. Pero son necesarios precisamente a la luz de las premisas y de las promesas del constitucionalismo, desde el momento en que no se lo entiende como un mero egoísmo de los vivos. Las contradicciones son intrínsecas ¿Serán destructivas? No lo sabemos. Lo que sabemos es que exigen una tarea que no es fácil, sobre un terreno incierto donde hay mucho que pensar y construir, por parte de todos aquellos que, en la reflexión y en la práctica, refiriéndose a los valores permanentes del constitucionalismo, intentan actuar “constitucionalistamente”. El constitucionalismo ha tenido una historia. La cuestión es si tendrá una historia. La tendrá en tanto consiga incorporar en la democracia, sin anularla o humillarla, la dimensión científica de las decisiones políticas. Éste, me parece, es el último desafío del constitucionalismo, su última metamorfosis.

GUSTAVO ZAGREBELSKY
 Facoltà di Giurisprudenza
 Università degli Studi di Torino
 Via S. Octavio, 54
 10124 Torino (Italia)
 e-mail: gustavo.zagrebelsky@unito.it